

Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

Archiv

für die

civilistische Praxis.

Zwei und zwanzigster Band. Drittes Heft.

XIII.

Zur Lehre von der Pupillar-Substitution *)

von

Löhr.

Es ist eine vielfach, zuletzt von Warnkönig [1]), besprochene Frage, ob und wann der Pupillar-Substitut, wenn er im Testamente des Parens zum Erben eingesetzt ist, die Eine oder Andere dieser Erbschaften allein zu erwerben im Stande sey? Die Beantwortung dieser Frage soll in dem Folgenden versucht werden. Um hier zu einem genügenden Resultate zu gelangen, scheint es jedoch unerläßlich, vorerst einige, die Lehre von der Erwerbung der Erbschaft, die Lehre der wechselseitigen Substitutionen und die Pupillar-Substitution betreffenden, Punkte in das Gedächtniß zurück zu rufen. Dies soll nun in einer Reihe einzelner Bemerkungen geschehen, die ich unter besondern Nummern, der leichteren Uebersicht wegen, hier vorausschicke.

1.

Die Erbfolge ist nichts Anderes, als das Eintreten in die Gesammtheit der Rechtsverhältnisse des Verstorbenen [2]).

*) Die Redaction bemerkt, daß der gegenwärtige Aufsatz schon im Juni d. J. eingesendet war. Mittermaier.

1) Roßhirt und Warnkönig Zeitschrift Bd. 2. H. 1. No. 1.

2) Fr. 24. D. 50, 16. — Fr. 62. D. 50, 17.

Als Folge davon enthält eine jede Erbeseinsetzung eine Berufung auf das Ganze, die, wenn man von dem Testamente der Soldaten absieht, nur durch die Concurrenz von Miterben eingeschränkt werden kann. Der allein zum Erben Eingesetzte ist nothwendig zur ganzen Erbschaft berufen, auch wenn er nur auf eine Kleinigkeit, selbst nur auf eine res certa, zum Erben ernannt worden seyn sollte [3]). Er ist bestimmt den Erblasser ganz zu repräsentiren.

Mit diesem Gesichtspunkte hängt es sehr natürlich zusammen, daß Niemand einen Theil der ihm angebotenen Erbschaft anzutreten im Stande ist [3a]) und daß er selbst alsdann nicht befugt ist, einen Theil der Erbschaft anzutreten und einen Theil derselben auszuschlagen, wenn er auch zu verschiedenen Theilen zum Erben sollte eingesetzt worden seyn [4]). Im Gegentheile erwirbt er durch Antretung des einen Theiles das Ganze, insoweit es ihm schon wirklich angeboten worden ist [5]); ja die letzte Beschränkung fällt sogar hinweg, wenn man allein zum Erben eingesetzt war, ohne daß ein Substitut für den noch nicht deferirten Theil ernannt ist [6]). Eine noth-

3) Fr. 1. §. 4. D. 28, 5. — Fr. 41. in fin D. 28, 6.

3a) Si *ex asse* heres destinaverit *partem* habere hereditatis, *videtur in assem pro herede gessisse*. Fr. 10. D. 29. 2.

4) Qui totam hereditatem adquirere potest, is pro parte eam scindendo adire non potest. Sed *et si quis ex pluribus partibus in ejusdem hereditate institutus sit, non potest quasdam partes repudiare, quasdam agnoscere.*. Fr. 1, 2. D. 29, 2. Si *solus* heres ex pluribus partibus fuero institutus, unam partem omittere non possum; *nec interest, in quibusdam habeam substitutum necne.* Fr. 80. pr. D. eod.

5) Unmittelbar nach den am Schlusse der vorhergehenden Note abgedruckten Worten heißt es: Idem puto, *etiam si aliis mixtus heredibus,* ex pluribus partibus heres institutus sim: *quod et hic, adeundo unam portionem, omnes adquiro, si tamen delatae sint.* Fr. 80. §. 1. D. 29, 2.

6) Qui ex parte heres institutus est pure, ex parte sub conditione, *solus: etiam pendente conditione,* si adierit hereditatem, *ex asse* heres erit: *quia solus heres futurus est omnimodo:* nisi habeat in conditionalem partem substitutum. Fr. 52. §. 1. D 29, 2. — Fr. 53. pr. D. eod.

wendige Folge dieser Verhältnisse ist es, daß die wirklich eröffnete Portion Demjenigen, welcher erworben hat, auch ohne sein Wissen 7) und wider seinen Willen, ohne daß es zu dem Erwerbe einer besondern Handlung bedürfte, adcrescirt und daß dieses Adcrescenz-Recht auch zum Vortheile der Erben des Erben statt findet 8). Welche von mehreren Portionen erworben werde, ob die früher oder die später deferirte, dies ist für den Erfolg begreiflich ganz ohne Einfluß 9).

So gewiß es ist, daß die Erbschaft nicht zum Theile angetreten, zum Theile ausgeschlagen werden kann und daß der Erwerb des einen Theils zugleich die Erwerbung aller angebotenen Theile zur Folge hat: so zweifelhaft ist es, was die Ausschlagung eines Theiles bewirke, ob nur den Verlust dieses Theiles oder den der ganzen Erbschaft? Unsere Gesetze sprechen sich hierüber nicht deutlich aus, es scheint jedoch der Zusammenhang mit Nothwendigkeit auf die von Donellus 10) vertheidigte Ansicht zurück zu weisen, daß die Ausschlagung eines Theiles den Verlust der ganzen Erbschaft bewirke. Diese Bemerkung dürfte jedoch nur für den Fall wahr seyn, wenn schon alle Theile wirklich deferirt sind. Wenn Derjenige, welcher zum Theile bedingt, zum Theile unbedingt zum Erben eingesetzt war, vor Eintritt der Bedingung ausschlägt: so

7) Fr. 31. 76. pr. D. 29, 2. — Fr. 2. §. 8. D. 37, 11.

8) . . . hoc, quod fuerit quoquo modo evacuatum, si in parte hereditatis vel partibus consistat, aliis coheredibus cum suo gravamine pro hereditaria parte, *etiam si jam defuncti sint*, adquiratur: *et hoc nolentibus ipso jure adcrescat*, si suas portiones jam agnoverint: *cum sit absurdum, ejusdem hereditatis partem quidem agnoscere, partem vero respuere*, secundum quod in divinis nostri numinis decisionibus statutum est . . . c. 1. §. 10. C. 6, 51. — Fr. 53. pr. §. 1. Fr. 76. pr. D. 29, 2. — Fr. 26. §. 1. D. 35, 1. Die in Fr. 55. 56 61. D. 29, 2. enthaltenen Modificationen des prätorischen Rechts sind hier nicht weiter zu berücksichtigen.

9) Fr. 76. pr. D. 29, 2. Nur Anwendung der in diesem Absatze angegebenen Grundsätze ist es, was in Fr. 59. §. 5. 6. 7. D. 28, 5. gesagt wird.

10) Donellus ad L. 20. C. de jure deliberandi.

kann er dadurch nur von dem Erwerbe des Unbedingten ausgeschlossen werden. Auch ist mit diesem repudiare das bloße omittere nicht zu verwechseln. Wer nur die Erwerbung eines Theiles versäumt, kann ohne Anstand noch einen andern erwerben, insofern sonst keine Hindernisse im Wege stehen [11]. Ob er in einem solchen Falle das durch Versäumniß Verlorne bekomme, dies wird von dem Umstande abhängen, ob es von einem Andern erworben worden ist oder nicht.

2.

Die vulgaris substitutio ist eine bedingte Erbes-Einsetzung, der Substitut ist nämlich unter der Bedingung zum Erben eingesetzt, daß der Institutus nicht Erbe werde. Sehr begreiflich müssen daher auch in dem Falle der Vulgar-Substitution die bisher entwickelten Grundsätze Anwendung finden. Ist daher Jemand zum Erben eingesetzt und seinem Miterben substituirt; so ist er pro parte pure, pro parte sub conditione institutus, er erwirbt sonach schon durch die Antretung ex institutione Dasjenige, das ihm ex substitutione angefallen ist oder in der Folge deferirt wird, ohne einer neuen Handlung zu bedürfen, aber auch ohne Möglichkeit künftiger Repudiation:

> Si quis heres institutus ex parte, mox Titio substitutus, antequam ex causa substitutionis ei deferatur hereditas, pro herede gesserit: *erit heres ex causa quoque substitutionis*, quoniam invito quoque ei *adcrescit* portio . . . [12]. Testamento jure facto, multis institutis heredibus, et invicem substitutis: *adeuntibus suam portionem etiam invitis, coheredum repudiantium adcrescit portio* [13].

11) Fr. 76. §. 1. D. 29, 2. Diese Stelle redet freilich von dem Falle der Substitution, dürfte jedoch wohl auch hier benutzt werden können.

12) Fr. 35. pr. D. 29, 2.

13) c. 6. C. 6, 26.

Daß dies ohne alle Beschränkung Statt finde, wenn der Wegfallende keine weiteren Miterben und Substituten gehabt hat, dies ergeben schon die allgemeinen Grundsätze über das jus adcrescendi: im entgegengesetzten Falle tritt es aber nur ein, wenn der Substitutus den Anfall der Erbschaft erlebt hat:

Paulus respondit, si omnes instituti heredes omnibus invicem substituti essent, ejus portionem, qui quibusdam defunctis postea portionem suam repudiavit, ad eum solum, qui eo tempore supervixit, ex substitutione pertinere [14]).

Toties videtur heres institutus etiam in causa substitutionis adiisse, quoties adquirere sibi possit: nam si mortuus esset, ad heredem non transferret substitutionem [15]).

. . . Alia causa est instituti heredis, et coheredi substituti: huic enim vivo defertur ex substitutione hereditas, non etiam, si decesserit, heredem ejus sequitur. [16])

Auch hier ist es einerlei, ob zuerst ex institutione oder zuerst ex substitutione die Erbschaft erworben werde:

. . . Respondit: nihil interest, utrum ex substitutione prius adierit, an ex prima institutione: cum ab utraque causa una aditio sufficiat . . . [17]).

Hat dagegen der Instituirte repudiirt: so versteht es sich von selbst erstens, daß er nicht mehr als Substitut erwerben kann, wenn ihm in dem Augenblicke der Repudiation schon wirklich die Erbschaft ex substitutione deferirt war. Ferner zweitens, daß er aus der Substitution durch dieses Ausschlagen ausgeschlossen ist, wenn die Substitution unter der Formel: quisquis mihi heres erit, angeordnet war. In diesem Falle hat natürlich nur Derjenige Ansprüche ex substi-

14) Fr. 45. §. 1. D. 28, 6.
15) Fr. 81. D. 29, 2.
16) Fr. 9. D. 38, 16.
17) Fr. 76. pr. D. 29, 2.

tutione, der wirklich Erbe geworden ist. Wie sich dagegen die Sache verhalte, wenn der eingesetzte Erbe seinem Miterben namentlich substituirt worden ist, dies ist eine andere Frage.

Auch von diesem Falle pflegt man gewöhnlich die Behauptung aufzustellen, daß der Substitut, welcher als Institutus repudiirt hat, von der Substitution ausgeschlossen sey. Diese Behauptung ist jedoch sehr bedenklich, wenn man berücksichtigt, daß eine Erbschaft vor der Delation nicht ausgeschlagen werden kann [18]) und daß dieser Grundsatz auch für die Substitutionen ausdrücklich aufgestellt wird [19]). Es müssen daher sehr entscheidende Gründe für diese Behauptung sprechen, wenn sie als richtig angenommen werden soll.

Dies ist aber in der That nicht der Fall. Die ganze Behauptung beruht auf den folgenden Stellen aus Papinians Responsen:

Qui plures heredes instituit, ita scripsit: *eosque omnes invicem substituo.* Post aditam a quibusdam ex his hereditatem, uno eorum defuncto, si conditio substitutionis extitit, alio herede partem suam repudiante, ad superstites tota portio pertinebit: quoniam invicem in omnem causam singuli substituti videbuntur. *Ubi enim quis heredes instituit, et ita scribit, eosque invicem substituo, hi substituti videbuntur, qui heredes extiterunt* [20]).

Ex his verbis, eosque invicem substituo, non adeuntis portio scriptis heredibus *pro modo sibi vel alii quaesitae portionis defertur.* [21])

---

18) — ceterum heres institutus sub conditione, si ante conditionem existentem repudiavit, nihil egit, qualis qualis fuit conditio, etsi in arbitrium collata est. Fr. 13. pr. D. 29, 2.

19) — substitutus quoque similiter, si ante repudiat, quam heres institutus decernat de hereditate, nihil valebit repudiatio. Fr. 13. §. 2. D. 29, 2.

20) Fr. 23. D. 28, 6.

21) Fr. 41. §. 1. D. 28, 6. Die Bemerkung, daß es gleichgiltig sey, ob er für sich oder einen Andern erworben habe, erklärt sich

Die erste dieser Stellen wird sehr verschieden erklärt. Der eine Theil nimmt an, sie beantworte nur allein die Frage, welche in Fr. 45. §. 1. D. 28, 6. — Fr. 81. D. 29, 2. — Fr. 9. D. 38, 16. [S. 319.] beantwortet wird. Diese Interpreten setzen nämlich voraus, daß in dem hier beurtheilten Falle der eine der Miterben seinen Antheil erworben habe und erst nach diesem Erwerbe, aber vor der Repudiation des andern Miterben gestorben sey. Daß gerade dieser Fall in dieser Stelle beurtheilt werde, dafür spricht auch nicht die entfernteste Hindeutung: im Gegentheil ist es den Worten der Stelle nach völlig ungewiß, ob der Verstorbene angetreten hat oder nicht, ob er vor oder nach der Repudiation hinweggefallen ist, ob es sich in dem beurtheilten Falle um die Portion des Verstorbenen, oder die des Repudirenden handelt. Der Zusammenhang dagegen ist der soeben angegebenen Auslegung ganz zuwider. Dieser nöthigt uns anzunehmen, daß der Verstorbene nicht Erbe geworden sey und daß es sich zunächst von der diesem gemachten Substitution handelt. Es sollen alle Diejenigen und nur Diejenigen ex substitutione gerufen seyn, welche Erben geworden sind: unter den Gerufenen ist aber weder der Verstorbene, noch Derjenige, welcher ausgeschlagen hat. Der hier beurtheilte Fall kann also nur seyn, daß zuerst eine Portion durch Ausschlagung und demnächst die zweite durch den Tod eröffnet worden, die beantwortete Frage nur die, wer auf die durch den Tod eröffnete Portion Ansprüche machen könne? Der Inhalt der ersten Stelle ist also ganz derselbe, welchen die zweite hat, und es fragt sich daher nur, ob der oben als bedenklich bezeichnete Grundsatz dadurch erwiesen werde? Dies ist, meiner Ansicht nach, nicht der Fall. Die Stellen beweisen nur, daß dieser Grund-

aus Fr. 35. pr. Fr. 80. §. 2. D. 29, 2, daß die Delation nach Verhältniß der erworbenen Portion eintrete, aus Fr. 5. 24. 32. 41. §. 4. D. 28, 6.

satz statt finde, wenn die Formel gebraucht worden ist: eosque invicem substituo. Diese Formel scheint aber mit dem Ausdrucke, quisquis mihi heres erit, als völlig gleichbedeutend betrachtet werden zu müssen. Daher halte ich die Ansicht für die richtigere, daß nicht in jedem Falle wechselseitiger Substitutionen die Antretung ex institutione als Bedingung der Wirksamkeit der Substitution betrachtet werden könne und nur in den zwei oben angegebenen Fällen die Wirksamkeit der Substitution durch Repudiation erlösche.

3.

Bekanntlich kann der Vater seinem unmündigen Kinde nur alsdann giltig substituiren, wenn er sich selbst ein giltiges Testament errichtet hat [22]). Fehlt es daher dem Testator an der Fähigkeit für sich zu testiren, hat er die gehörige Form nicht beobachtet [23]), für sich keine gehörige Erbeseinsetzung vorgenommen [24]) oder die suos heredes präterirt: so ist auch die pupillaris substitutio ungiltig, selbst wenn in dem, für den Pupillen gemachten, Testamente Alles Erforderliche beobachtet worden ist [25]).

Beide Testamente gelten als Eines [26]). Die natürliche

---

22) Nam pupillare testamentum pars et sequela est paterni testamenti: adeo ut si patris testamentum non valeat, nec filii quoque valebit. §. 5. J. 2, 16.

23) Fr. 20. D. 28, 6.

24) Fr. 1. §. 3. Fr. 2. §. 1. 4. D. 28, 6.

25) Fr. 44. D. 28, 6.

26) Patris et filii testamentum pro uno habetur, etiam in jure praetorio. ... Fr. 20. D. 28, 6. Igitur in pupillari substitutione . . . duo sunt *quodammodo* testamenta, alterum patris, alterum filii, tanquam si ipse filius sibi heredem instituisset, *aut certe unum testamentum est duarum causarum,* id est, duarum hereditatum. §. 2. J. 2, 16. . . . *licet enim unum testamentum sit,* alia tamen atque alia hereditas est. . . . Fr. 2. §. 2. D. 18, 4. . . me illud maxime movet, quod praeceptoribus tuis placet, *unum esse testamentum* . . . Fr. 28. D. 42, 5. — Fr. 11. D. 29, 3.

Folge davon ist es, daß die heredes necessarii des Vaters auch als solche des Kindes erscheinen [27]), aber auch nur diese [28]), und daß dieses Verhältniß weder durch die Handlungen des Kindes [29]) oder des Substituten [30]), noch durch die eines Dritten geändert werden kann [31]). Eine weitere Folge ist, daß die pupillaris substitutio als eine, bedingt vom Vater vorgenommene Erbes-Einsetzung betrachtet wird [32]), daß die Giltigkeit und Wirksamkeit der Legate der Regel nach nur nach dem Vermögen des Vaters beurtheilt wird [33]), daß die ganze Substitution hinwegfällt, wenn das Testament des Vaters seine Giltigkeit verliert, mag diese durch Verlust der testamenti factio [34]), durch agnatio posthumi [35]), durch Verfertigung eines neuen Testamentes [36]), durch Ausschlagung aller Erben [37]) oder sonst auf irgend eine Weise herbeigeführt werden.

---

27) . . . constat enim *unum* esse testamentum, licet duae sint hereditates, *usque adeo, ut, quos quis sibi facit necessarios, eosdem etiam filio faciat,* et posthumum suum filio impuberi possit quis substituere. Fr. 2. §. 4. D. 28, 6. — Fr. 10. §. 1. D. eod. — Fr. 42. pr. in fin. D. 29, 2.

28) Fr. 6. §. 5. D. 28, 5. — Fr. 18. D. 28, 6. Darauf kömmt übrigens Nichts an, ob die Freylassung im Testamente des Vaters (c. 4. C. 6, 27.) oder im Testamente des Kindes angeordnet wird. Fr. 2. §. 1. 2. 4. Fr. 36. D. 40, 7.

29) Fr. 36. D. 40, 7.

30) Fr. 3. §. 4. D. 28, 5.

31) Fr. 54. D. 28, 5. — Fr. 48. §. 2. D. 28, 6.

32) Coheres impuberi filio datus, eidemque substitutus, legata e secundis tabulis relicta perinde praestabit, ac si pure partem, et sub conditione partem alteram accepisset. ... Fr. 41. §. 6. D. 28, 6.

33) Fr. 11. §. 8. Fr. 79. 87. §. 5. a. E. §. 6. a. E. §. 8. D. 35, 2.

34) Fr. 28. D. 28, 6.

35) Fr. 2. pr. D. 28, 6.

36) Fr. 16. D. 28, 6.

37) Fr. 2. §. 1. Fr. 10. §. 4. D. 28, 6.

Mit der zuletzt gemachten Bemerkung steht es in keiner Weise im Widerspruche, daß im Falle einer theilweisen Rescission des Testamentes des Vaters die pupillaris substitutio bestehen bleibt [38]), daß Fehler gegen das Recht der Kinder auf Institution der pupillaris substitutio keine Nachtheile bringen [39]), daß die vom Pupillen agnoscirte B. P. contra tabulas die Giltigkeit der Substitution nicht aufhebt [40]). Im Gegentheile kann sogar diese dem Substituten und den diesem aufgelegten Legaten Vortheile gewähren. Der Substitut erlangt nämlich als solcher Alles, was der Unmündige durch die B. P. bekömmt und muß nach diesem Verhältnisse Legate entrichten und zwar die dem Pupillen aufgelegten an die exceptae personae, die dem Substitutus aufgelegten nach Verschiedenheit der Verhältnisse bald an Alle, bald an die exceptae personae. Freilich vermindert sich auch die Verpflichtung, wenn der Pupill als bonorum possessor weniger bekömmt, wie er als Institutus erhalten haben würde [41]).

Auch da, wo das Edict, si quis omissa causa testamenti ab intestato vel alio modo possideat hereditatem, eintritt [42]), wenn der eingesetzte Erbe durch in integrum resti-

---

38) Fr. 8. §. 5. D. 5, 2.

39) . . . Si vero contigerit in quibusdam talibus testamentis . . . vel quaelibet alia capitula concessa legibus nominari: ea omnia jubemus adimpleri . . . Nov. 115. c. 3.

40) Daß die vom Substituten geschehene Agnition ihn von der Substitution ausschließe, dies versteht sich freilich von selbst. Fr. 22. D. 28, 6. — Fr. 5. §. 4. D. 37, 5.

41) Fr. 34. §. 2. Fr 35. D. 28, 6. — Fr. 126. pr. D. 30. — Fr. 103. §. 2. 3. D. 32. — Fr. 5. pr. §. 1. D. 37, 5.

42) . . . Adeo autem, nisi sibi quoque fecerit, non valet, ut nisi adita quoque patris hereditas sit, pupillare testamentum evanescat. Plane si omissa causa principalis testamenti, ab intestato possideatur hereditas, dicendum est, *et pupillo substitutum servandum*. Fr. 2. §. 1. D. 28, 6.

tutio von der angetretenen Erbschaft wieder frei wird [43]) und im Falle, wo der oder die Instituirte durch das beneficium abstinendi von der ipso jure erworbenen Erbschaft wieder los kommen, bleibt die Pupillar-Substitution bestehen [44]). Sowohl die Frage, ob das zuletzt Bemerkte eintrete, wie die Folgen einer unter solchen Umständen erhaltenen Substitution waren von jeher Gegenstand des Streites. Ein Paar Worte hierüber hier zu sagen ist meine Absicht.

Der suus heres, welcher sich des beneficii abstinendi bedient, hört nicht auf, Erbe zu seyn [45]); er erlangt nur das Recht zu verlangen, daß er nicht als Erbe behandelt werde [46]), ein Recht, dem er sogar wieder zu entsagen im Stande ist [47]), so lange wenigstens, als durch diese Entsagung die Rechte Dritter nicht gefährdet werden. Gerade damit hängt es zusammen, daß durch das abstinere nur diejenigen Folgen des Erwerbes aufhören, welche mit dem Vermögensbesitze in unmittelbarem Zusammenhange stehen oder dem Erben nachtheilig sind, wie die Verbindlichkeit die Legate zu entrichten [48]): was dagegen nicht unter diesen Gesichtspunkt fällt, wie die Ernennung von Tutoren [49]) oder

43) Ego, etiamsi minor vigintiquinque annis adeundae hereditatis causa fuerit restitutus, *puto proficere secundis tabulis, ut Praetor utiles actiones decernat substituto*. Fr. 2. § 3. D. 28, 6.

44) Fr. 42. D. 29, 2. — Fr. 28. D. 42, 5.

45) Wie sollte der Prätor bewirken können, daß ein, im strengen Civilrechte gegründetes, Recht ganz aufhöre? Fr. 6. §. 2. D. 38, 2. — Fr. 30. §. 10. 11. D. 40, 5. — Fr. 7. §. 10. D. 4, 4.

46) Fr. 57. D. 29, 2.

47) Fr. 12. D. 11, 1. — Fr. 8. D. 28, 8. — c. 6. C. 6, 31.

48) Fr. 5. D. 12, 6. — Fr. 11. §. 1. D. 36, 1. — Fr. 1. §. 4. D. 36, 4.

49) Da der Pupill ohne Auctoritas zu abstiniren außer Stande ist, so versteht sich dies von selbst. Fr. 9. Fr. 10. pr. D. 26, 2. können daher nur von dem Falle verstanden werden, wo einem Exheredirten ein Tutor gegeben worden ist und die Instituirten extranei sind.

besonders begünstigt ist, wie die Freilassungen [50]), bleibt bestehen. Ja manche, vor dem abstinere vorgenommenen, Handlungen behalten auch nachher ihre Giltigkeit [51]). Gehen wir von diesem Gesichtspunkte aus, so kann es kaum bezweifelt werden, daß die Pupillar-Substitution ihre Giltigkeit behalten muß, wenn auch alle Instituti abstiniren. Die Richtigkeit dieser Folgerung kann um so weniger beanstandet werden, wenn man bedenkt, daß in einem andern Falle, wo man nach prätorischem Rechte von dem Erwerbe einer Erbschaft wieder frei wird, dem Falle der in integrum restitutio, nach ausdrücklichen Stellen ganz Dasselbe Statt findet.

Was aus allgemeinen Gesichtspunkten gefolgert wurde, dies wird durch die beiden oben angeführten Stellen nicht undeutlich bestätigt. Beide reden von dem Falle, wo der Pupill allein zum Erben eingesetzt war und durch das Abstiniren desselben eine missio in possessionem bonorum herbeigeführt worden ist. Beide behandeln die Frage, ob der Substitut dieses Pupillen, wenn er in der Folge Erbe des Pupillen wird, den Creditoren des Vaters gerecht werden müsse? Sie setzen sonach deutlich voraus, daß, obschon der einzige Erbe abstinirt hat, das Pupillar-Testament seine volle Giltigkeit behalten habe.

Mit großem Scheine kann allerdings gegen das bisher Gesagte eine andere Stelle Ulpians angeführt werden [52]), in welcher das Folgende angegeben wird:

> Idem Julianus ait, si duo fuerint a patre instituti *cum filio ejus impubere,* et iidem substituti filio: sufficere ei, qui fideicommissum in secundis tabulis accepit, unum ex heredibus institutis cogere adire patris hereditatem: *hoc enim*

50) Fr. 32. D. 40, 4. — Fr. 30. §. 10. 11. D. 40, 5.

51) Fr. 44. D. 29, 2. — Fr. 44. D. 42, 1. (Fr. 89. D. 29, 2.).

52) Fr. 11. §. 1. D. 36, 1.

facto, confirmatisque patris tabulis, poterunt ex substitutione ambo cogi adire, et restituere hereditatem.

In dem hier beurtheilten Falle ist der Unmündige zum Erben eingesetzt. Obschon dieser ipso jure Erbe geworden ist, so soll es dennoch zur confirmatio des Testamentes des Vaters erforderlich seyn, daß einer der eingesetzten Erben antrete und daher der Fideicommiß-Erbe das Recht haben, diese Antretung zu erzwingen. Dabei wird nicht einmal gesagt, daß der eingesetzte Pupill von dem Rechte zu abstiniren Gebrauch gemacht habe. Die Existenz eines suus heres kann sonach unmöglich hinreichen, um die Erhaltung der tabulae secundae zu bewirken.

Gerade der Umstand, daß von dem Gebrauche des juris abstinendi keine Rede ist, scheint die Bedeutung der so eben angegebenen Folgerung zu entkräften. Auf alle Fälle scheint sich die ganze Stelle vollständig durch die Betrachtung zu erklären, daß hier von dem Rechte des Fideicommissars die Rede ist, das allerdings, so lange keiner der eingesetzten Erben angetreten hat, auch nach den bisher angegebenen Gesichtspunkten gefährdet werden kann. Wenn auch die Pupillar-Substitution im Falle des Abstinirens erhalten wird, so gehen doch die Legate und Fideicommisse zu Grunde.

Viel schwieriger wie die Frage, ob das abstinere das Testament des Pupillen vernichte? ist die zweite, welche Wirkungen in einem solchen Falle die Pupillar-Substitution äußere? Das ist freilich klar, daß der Substituirte, welcher nicht instituirt ist, zunächst nur zur Erbschaft des Pupillen gerufen ist. Sehr problematisch dagegen ist es erstens: steht den Substituten das Recht zu, zu der väterlichen Erbschaft zurück zu greifen, wie dieses Recht ohne Anstand ihrem Erblasser zugestanden haben würde? Meines Wissens äußert sich keine Stelle über diese Frage. Die allgemeinen Gründe können sehr für die entgegengesetzten Ansichten benutzt werden. Die gewöhnliche Ansicht ist übrigens, daß dem Pu-

pillar-Erben das Recht nicht zustehe, dem *beneficio* abstinendi zu entsagen.

Nicht weniger zweifelhaft ist es zweitens, ob die Creditoren des Vaters im Falle eines Concurses sich an den Substituten zu halten berechtigt sind? Denn das versteht sich freilich wohl von selbst, daß wenn ein Anderer in den väterlichen Nachlaß succedirt ist, die Creditoren nur allein von diesem Successor ihre Befriedigung verlangen können. Schon die allgemeinen Gesichtspunkte führen zu einem zweifelhaften Resultate. Das Testament des Vaters und das des Pupillen sind nur ein Testament, der Substitut wird nur allein in Gefolg dieses Testamentes zur Succession gerufen. Hiernach scheint er auch verbunden für die Schulden des Vaters einzustehen, dies um so mehr, da es ja ganz von ihm abhängt, ob er die ihm angebotene Erbschaft des Pupillen annehmen will oder nicht. Diese Gründe haben denn auch wirklich den Juristen Julianus bestimmt, den Substituten für verbunden zu erklären, eine Meinung, die jedoch von Marcellus verworfen worden ist [53]). Nur wenn der Substitut ein Bruder des Pupillen ist, der sich ebenfalls in der

---

53) Julianus libro 26 Digestorum scripsit, si pupillus paterna hereditate se abstinuisset, deinde ei aliquis heres extitisset, non esse eum compellendum creditoribus paternis respondere, *nisi substitutus ei fuit: inclinat enim in hoc, ut putet substitutum etiam patris onera subiturum.* Quae sententia *a Marcello recte notata est*: impugnat enim utilitatem pupilli, qui ipse saltem potest habere successorem: metu enim onerum patris, timidius quis etiam impuberis hereditatem adibit. Alioquin, inquit, et si frater fuit, omissa causa testamenti, ab intestato possidebit hereditatem, et quidem impune: nec enim videtur voluisse fraudare edictum, qui sibi prospicit, ne oneribus patris pupilli hereditas implicaretur. Sed quod in fratre scripsit, credo ita intelligendum, si non impuberis frater fuit, sed testatoris. Caeterum utique, si frater a patre fratri substitutus impuberi sit, sine dubio necessarius heres existet. Fr. 42. pr. D. 29, 2.

Gewalt des Testators befindet, soll dieser Erbe des Vaters werden müssen, aber auch wohl nach dieser Ansicht für seine Person das jus abstinendi ansprechen können. Von diesem Punkte wird unter Anderem unter der folgenden Nummer noch weiter geredet werden.

Auch diese Ansicht hat ihre sehr triftigen Gründe. Weder der abstinirende Pupill noch dessen Erben im Allgemeinen sind den Creditoren verhaftet. Warum soll der Pupillar-Substitut schlimmer gehalten seyn, wie diese, da er doch auch Erbe des Pupillen ist. Derselbe Grund, auf welchem das jus abstinendi beruht, spreche auch dafür, daß dem Substitut gestattet sey, sich auf das vom Pupillen gebrauchte jus abstinendi zu berufen. Wolle man ihm dieses nicht gestatten, so könne es leicht dahin kommen, daß der Substitut die Erbschaft ausschlage und das Vermögen des Pupillen veräußert werde. Sollte es aber auch zu dem letzten nicht kommen: so liege doch kein Grund vor dem Pupillen seinen Erben zu entziehen, da hierdurch den Creditoren nicht einmal Vortheil gebracht werde.

Diese letzte Ansicht des Marcellus würde ohne Anstand als die für uns gesetzliche zu betrachten seyn, wenn nicht ein anderes Fragment von Javolenus die Ansicht des Julianus zu bestätigen schiene [54]). In dieser Stelle

54) Paterfamilias impuberi filio, si ante pubertatem decessisset, substituit heredem: is filius paterna hereditate se abstinuit, ideoque bona patris venierunt: postea filio hereditas obvenit, qua adita decessit. Quaero, cum Praetor in ipsum pupillum, quamvis postea hereditas obvenisset, creditoribus tamen patris actionem non daret, an in substitutum creditoribus patris danda sit actio, cum ex bonis paternis, quae scilicet ad creditores misses in bona pertinent, nihil adquirat: et cum creditores nihil juris in bonis pupilli habuerint, eorumque nihil interfuerit, adiretur nec ne pupilli hereditas, cum ea bona omissa (al. admissa) a substituto hereditate ad creditores non pertinerent? *Me illud maxime movet, quod praeceptoribus tuis placet, unum esse testamentum.* Respondit, quod Praetor filio, qui a paterna hereditate se

wird ausführlich die Frage erörtert, wie es gehalten werde, wenn der Pupill, der sich von der väterlichen Erbschaft enthalten hat, nachher eigenes Vermögen erwerbe? Die Concurs-Gläubiger des Vaters sollen sich nicht an dieses Vermögen und nicht an die Erben des Kindes halten können, quoniam filii pudori parcitur. Dagegen wird gesagt: idem in substituto filio herede servandum *non* est. Wenn man diesen Widerspruch mit der früher abgedruckten Stelle durch das Hinwegstreichen dieses non zu entfernen gesucht hat: so ist dies ein offenbar vergebliches Unternehmen, da der ganze Zusammenhang der Stelle dieses non erfordert. Als Grund der Entscheidung wird angeführt, me illud maxime movet, quod praeceptoribus tuis placet, unum esse testamentum, was nur zu der Ansicht des Julianus hinführen kann. Auch wird in der Folge mit vielen Worten wiederholt, daß die Creditoren sich an den Substitutus zu halten berechtigt seyen. Freilich wird bei dieser weiteren Ausführung vorausgesetzt, daß der Pupill, bevor er sich abstinirte, sich immiscirt gehabt habe. Daß auch hier von dem Falle eines durch Ab-

---

abstinet, praestat, ne bonis patris ejus venditis in eum actio detur, tametsi postea ei hereditas obvenit, creditoribus non reddat: *idem in substituto filio herede servandum non est*; quoniam filii pudori parcitur ut potius patris quam ejus bona veneant. Itaque in id, quod postea ei obvenit, actio creditoribus denegatur: quia id ex adventitio adquisitum est, non per patrem ad eum pervenit. *At cum substitutus filio hereditatem adiit, postquam pupillus se paternae miscuerit hereditati, tunc hereditas et patris et filii una est, et in omni aere alieno, quod aut patris aut filii fuerit, etiam invitus heres obligatur: et quemadmodum liberum ei non est post obligationem, ut non omnimodo, si non defenditur, ipsius bona veneant: ita ne separare quidem aes alienum patris et filii poterit: quo casu efficietur, ut creditoribus in eum actio dari debeat.* Quod si substitutus heres hereditatem non adierit, creditoribus patris in id, quod pupillus reliquit, actio dari non debet: quoniam neque pupilli bona venire debent propter aes alienum patris, neque in bonis patris est, quod pupillus adquisivit. Fr. 28. D. 42, 5.

stiniren entstandenen Concurses die Rede sey, dies kann dem ganzen Verlaufe der Stelle und den, von mir nicht unterstrichenen, Schlußworten zu Folge gar nicht bezweifelt werden. Es läßt sich nicht wohl absehen, wie eine, vor dem Abstiniren Statt gefundene, Immixtion für den Substituten besonders nachtheilige Folgen erzeugen kann, wenn sie auch die, in der Zwischenzeit vorgenommenen, Handlungen kräftigt [55]. Da jedoch nur, wenn man auf die Worte: at cum substitutus filio hereditatem adiit, *postquam pupillus se paternae miscuerit hereditati* ein besonderes Gewicht legt, beide Stellen einigermaßen in Einklang gebracht werden können; so ist es sehr gewöhnlich jene von dem Falle zu verstehen, wo der Pupill sich von Anfang an abstinirte, diese dagegen auf den Fall zu beziehen, wo ein Immisciren dem abstinere vorausgegangen ist.

Nachtrag. Der gegenwärtige Aufsatz war schon längst an die Redaction abgegeben, als mir der neueste Band des Glück'schen Commentars zur Hand kam. In diesem giebt Mühlenbruch eine ganz neue Erklärung des zuletzt angeführten Fragments. Er betrachtet die Worte quaero — testamentum als Zweifelsgründe, das darauf folgende respondit bis an das Ende als Beantwortung und sagt: „Berücksichtigt man, daß die Römischen Juristen sehr gewöhnlich „ihre Entscheidungsgründe nur sehr versteckt ausdrücken, d. h. „auf die aufgeworfene Frage nicht direct antworten, so wird „man nicht in Abrede stellen können, daß unsere Stelle ohne „Zwang folgende Erklärung leide: die zur Entscheidung vorgelegte Frage bezog sich auf einen Fall, wo der zum alleinigen Erben eingesetzte Pupill abstinirt hatte, und nun der „Substitutionsfall eintrat. Die Antwort lautet so: zwischen „dem Rechte des Pupillen und dem des Substituten findet

55) Fr. 44. D. 29, 2. — Fr. 44. D. 42, 1

„sich allerdings ein erheblicher Unterschied. Nur Jener kann „abstiniren, Dieser kann es nicht. Hat sich daher der Pupill „eingemischt — d. h., hat er die väterliche Verlassenschaft an„genommen — so muß nunmehr auch der Substitut beide „Erbschaften annehmen oder beide ausschlagen, und nur, „wenn letzteres geschieht, bleibt das Pupillar-Vermögen von „den Ansprüchen der Gläubiger frei. — Es hängt Alles sehr „gut zusammen. Der Jurist ist weder mit sich, noch mit der „praktisch gebilligten Ansicht in irgend einem Widerspruche: er „erklärt sich nur nicht ausdrücklich und direct auf die vorgelegte „Frage, indirect verneint er sie aber sehr deutlich, indem er „sich blos über den Fall äußert, wo eine Verschiedenheit der „Rechte des Pupillen und seines Substituten wirklich vor„handen ist *)."

Diese Erklärung scheint mir nicht allein höchst gezwungen, sondern völlig unmöglich. Nach derselben würde, meiner Ansicht nach, sich zwischen Frage und Antwort gar kein Zusammenhang finden, von einer indirecten Antwort oder versteckten Entscheidungsgründen also gar keine Rede seyn können. — Auch das Hervorheben der Statt gefundenen Immixtion würde ohne alle Bedeutung seyn, da auch in dem Falle, wo der Pupill ohne alle Erklärung verstorben wäre, ganz dieselben Resultate eintreten müßten. — Ganz entscheidend gegen die angegebene Interpretation ist es aber, daß die von Mühlenbruch angegebenen Sätze nicht neben einander bestehen können. Wenn der Pupill sich immiscirt oder auch nur nicht abstinirt hat; so ist immer sein Vermögen den väterlichen Creditoren verhaftet, mag der Substitutus die Erbschaft des Pupillen erwerben oder nicht. In beiden Fällen kann von einem Concurse über das väterliche Vermögen keine Rede seyn, da dies mit dem Vermögen des Pupillen Eins geworden und in ein Vermögen des Pupillen umgewandelt worden ist. Es läßt sich daher nicht sagen,

*) Glück Commentar B. 40 S. 426, 427.

daß in diesen Fällen ein Unterschied zwischen dem Pupillen und dem Substitutus Statt finde, so zwar, daß der Substitut jetzt beide Vermögen annehmen oder beide ausschlagen müsse, daß dagegen, wenn letzteres geschehe, das Vermögen des Pupillen von den Ansprüchen der Gläubiger frei sey.

4.

Das Testament des Vaters und des Kindes werden, wie wir gesehen haben, als ein Testament betrachtet, welches durch das Testament des Vaters besteht. Die Pupillar-Substitution ist eine, in diesem Testamente angeordnete, bedingte Erbeseinsetzung. Eine natürliche Folge hiervon ist es, daß der Erwerb ex substitutione pupillari auch im Allgemeinen nach den Grundsätzen beurtheilt wird, welche bei dem pro parte pure pro parte sub conditione Instituirten und in dem Falle der Vulgar-Substitutionen Anwendung finden. Hieraus ergeben sich für den Fall, wo der Miterbe dem Pupillen substituirt worden ist, die folgenden Resultate.

Erstens ist der Substitutus in der Potestas des Testators, so ist er auch necessarius heres des Pupillen (S. o. S. 323.) und zwar ohne Unterschied, ob der Pupill ist instituirt oder exheredirt worden, ob er sich immiscirt oder abstinirt hat. Dagegen hat er aber auch, wie jeder suus, das Recht, sich zu abstiniren von beiden Erbschaften. Noch mehr, er hat sogar das Recht, sich von der väterlichen Erbschaft allein zu enthalten. Dies sowohl vor wie nach dem Anfalle der Erbschaft des Pupillen. Daß dieser Grundsatz in dem Falle eintrete, wenn der Pupill exheredirt ist, dies sagt Julian deutlich.

Filius, qui se paterna hereditate abstinuit, si exheredati fratris hereditati *se immiscuerit* et pro herede gesserit, poterit ex substitutione hereditatem obtinere [56].

56) Fr. 41. D. 29, 2.

Es sollte aber auch für den Fall nicht bezweifelt werden, wo beide Kinder zum Erben eingesetzt sind, selbst alsdann nicht, wenn der Pupill von dem jus abstinendi keinen Gebrauch gemacht haben sollte. Nur unter dieser, den Verhältnissen ganz entsprechenden, Voraussetzung erhält eine Stelle Papinians einen genügenden Sinn:

Si filius, qui patri *ac postea fratri* ex secundis tabulis *heres extitit*, hereditatem *patris recuset*, *fraternam autem retinere malit*: audiri debet. *Justius enim Praetorem facturum existimo*, *si fratri separationem bonorum patris concesserit:* etenim jus dicenti propositum est, *liberos oneribus hereditariis non sponte susceptis liberare*, non invitos ab hereditate removere: praesentim quod remotis tabulis secundis legitimam haberet fratris hereditatem. Itaque legata duntaxat ex secundis tabulis praestari debent, habita ratione facultatium in Falcidia non patris, ut alias solet [57], sed impuberis [58].

Der in diesem Fragmente beurtheilte Fall scheint mir deutlich der folgende zu seyn. Der A hat seine beiden Söhne in der Gewalt zu Erben eingesetzt und dem Einen den Andern pupillarisch substituirt, zugleich dem Substituten Legate aufgelegt. Nach dem A stirbt der Pupille ohne sich über die Erbschaft erklärt zu haben. Die aufgeworfene Frage ist, kann der Ueberlebende, der sich ebenfalls noch nicht über die väterliche Erbschaft erklärt hatte, eine Trennung beider Vermögen erlangen, d. i., kann er sich von der väterlichen Erbschaft abstiniren und dennoch das Vermögen seines Bruders bekommen?

Daß nur diese factischen Voraussetzungen hier zum Grunde liegen können, dies wird eine nähere Betrachtung der Stelle leicht ergeben. Daß der Ueberlebende im Testa-

---

57) Fr. 11. §. 8. Fr. 79. 87. §. 5. a. E. §. 6. a. E. §. 8. D. 35, 2.

58) Fr. 12 D. 28, 6.

mente des Vaters zum Erben eingesetzt war, dies ergeben wohl schon die Worte. Aber auch der Pupill muß zum Erben eingesetzt gewesen seyn, da dem Pupillar=Substituten giltig Legate aufgelegt waren [59]), auch der Fall, wo dem Exheredirten substituirt worden, gar nicht zweifelhaft ist. Daß der instituirte Pupill aber nicht abstinirt haben kann, dies beweißt die fortdauernde Giltigkeit der Legate [60]).

Sollte aber auch dieser Umstand nicht als entscheidend betrachtet werden können, da nur die Giltigkeit der im Testamente des Pupillen angeordneten Legate behauptet wird und auch diese nur auf eine, sonst ganz ungewöhnliche, Weise; so würde schon das Zweifelhafte, das offenbar in der ganzen Erörterung vorleuchtet, gar nicht gedacht werden können, wenn der Pupill abstinirt gehabt hätte. Daß der Substitut, wenn der Pupill abstinirt hätte, ebenfalls zu abstiniren befugt sey, dies konnte unter keiner Voraussetzung als ungewiß erscheinen. Auch Das geht aus Wort und Zusammenhang des Fragmentes hervor, daß der Pupill nach dem Vater gestorben ist. Endlich ist es unmöglich anzunehmen, daß der instituirte Substitutus den ihm deferirten Theil der väterlichen Erbschaft definitiv erworben habe und es sich nur um eine Entsagung auf das dem Pupillen deferirte väterliche Vermögen handle. Die allgemeinen Grundsätze über das jus adcrescendi würden in diesem Falle bewirken, daß er Dasjenige unabwendbar durch Adcrescenz=Recht erwerbe, was er als Pupillar=Substitut aufgegeben hat. Die ganze Untersuchung wäre daher ohne allen Zweck. Sonach ist der oben behauptete Fall in dieser Stelle beurtheilt.

---

59) Fr. 41. §. 3. D. 29, 1. — Fr. 126. pr. D. 30. — Fr. 87. §. 7. D. 35, 2. — c. 24. C. 6, 37. Eine Erklärung aus dem, in Fr. 11. §, 8. D. 35, 2. — Fr. 27. §. 4. 5. D. 36, 1. aufgestellten, Gesichtspunkte ist nicht gedenkbar, da der Substitutus als Institutus sich abstinirt.

60) Fr. 5. D. 12, 6. — Fr. 11. §. 1. D. 36, 1. — Fr. 1. §. 4. D. 36, 4.

In diesem Falle soll es nun dem Bruder gestattet seyn, obschon er suus heres seines Vaters und seines Bruders geworden ist, sich von der ganzen, d. i., der sowohl ihm, wie seinem Bruder angefallenen, väterlichen Erbschaft zu abstiniren und dennoch das Vermögen seines Bruders zu behalten [61]. Nur eine Besonderheit soll in diesem Falle eintreten. Die dem Substituten aufgelegten Legate sollen nicht erlöschen, sondern aus dem Vermögen des Bruders, insoweit dieses genügt, entrichtet werden.

Daß es sich übrigens nicht um die Aufstellung eines, auch bei dem substituirten Extraneus anwendbaren, Grundsatzes handle, dies beweist nicht allein die, in der Note angeführte, Stelle, sondern auch Wort und Zusammenhang unsers Fragments. Dem Bruder des Pupillen wird die Separatio gestattet, weil es jus dicenti propositum est, liberos oneribus hereditariis non sponte susceptis liberare. Aus den Worten: justius Praetorem facturum existimo, läßt sich in keiner Art das Gegentheil folgern. Daß übrigens, wie man oft behauptet hat, diese separatio wesentlich von dem abstinere verschieden sey, dies dürfte schwer zu beweisen seyn und nicht einmal zu einem Resultate führen.

Nachtrag. Mühlenbruch *) hält die hier aufgestellte Erklärung für unmöglich. Wenn der Pupill Erbe des Vaters geworden, so sey das Vermögen des Vaters und des Pupillen Eins. Dieses eine Vermögen des Pupillen werde dem substituirten Bruder in Gefolg der Pupillar-Substitution deferirt und hiervon könne er nicht den einen Theil annehmen, den andern ausschlagen. Wolle er die Pupillar-Verlassenschaft haben, so müsse er sie in dem Zustande annehmen, worin sie sich bei der Delation befinde. Was dazu

61) Bei einem substituirten Extraneus sind freilich die Verhältnisse ganz anders. Fr. 10. §. 2. D. 28, 6. S. unten S. 349. Note 80.

*) Glück Commentar B. 40. S. 443—46.

gehöre, dies sey nach diesem Zeitpunkte zu bestimmen, aus welchem Grunde es dazu gehöre, dies sey gleichgiltig. Gerade darum müsse er denn auch nothwendig Erbe des Vaters werden auf das Ganze, wenn er ex pupillari substitutione Erbe seines Bruders werde, der den Vater beerbt habe. Sein Abstiniren könne dies nicht ändern, weil Das, was er dadurch aufgebe, der Portion des Bruders adcrescire, die er zu sondern nicht im Stande sey. Er könne sonach auch für sich nur von dem beneficio abstinendi noch Gebrauch machen, wenn der Pupill durch Exheredation oder Abstention von der väterlichen Erbschaft ausgeschlossen sey. Nur von diesen Fällen könne die eben erklärte Stelle verstanden werden.

Unter Rückweisung auf die gegebene Erklärung habe ich zur Widerlegung wohl nur hinzu zu fügen, daß die Stelle keine Spur dieser Behauptungen enthält, wohl aber, wie schon oben bemerkt wurde, die anerkannte Giltigkeit der Legate beweist, daß gerade hier von einem Falle die Rede ist, wo der Pupill instituirt war und Erbe geworden ist. Wäre er präterirt, so würde der ganze Inhalt des Testamentes nichtig seyn; wäre er exheredirt, so würden die dem Substituten aufgelegten Legate keine Geltung haben: hätte er sich abstinirt, so würden die Legate ihre Wirksamkeit verloren haben. — Gerade die allerdings consequente Folgerung, daß der Substitut das, ihm für seine Person zustehende, jus abstinendi verliere, wenn der Pupill Erbe des Vaters geworden sey, scheint so recht geeignet die Unhaltbarkeit des Vordersatzes anschaulich zu machen. — Daß in den von Mühlenbruch zugestandenen Fällen ein Abstiniren möglich sey, dies versteht sich so von selbst, daß zu diesem Zwecke eine Untersuchung, wie sie in dem Fragmente sich findet, gar nicht gedenkbar ist.

Außerdem behauptet Mühlenbruch, daß dem Substituten auch ein jus abstinendi in Beziehung auf das Vermögen des Pupillen zustehe, und er dadurch zu bewirken im Stande

sey, daß er die väterliche Verlassenschaft ohne die des Pupillen erhalte. Die Richtigkeit dieser Bemerkung für den Fall, wo der Pupill nicht Erbe des Vaters geworden ist, dürfte vielleicht zugestanden werden können: dagegen ist sie gewiß unrichtig für die Fälle, wo der Pupill den Vater beerbt hat. Uebrigens würde sie aber auch für jenen Fall nicht aus unserer Stelle, sondern nur aus der Natur der Sache gerechtfertigt werden können. Auch können selbst in dem zugestandenen Falle immer noch sehr bedeutende Gegengründe angeführt werden.

5.

Soviel über die erste Folge der, im Anfange der vorigen Nummer angegebenen, allgemeinen Gesichtspunkte. Eine zweite Folge ist, daß der Institutus, welcher ex institutione erworben hat, nothwendig ex substitutione Erbe werden muß, d. i., als Substitut nicht ausschlagen kann. Da unsere Gesetze nirgends unterscheiden, so muß dieser Grundsatz nicht allein alsdann Anwendung finden, wenn der Pupill sich immiscirt hat, sondern auch wenn er sich abstinirte, ja selbst, wenn er von dem Testator exheredirt worden ist. Bei der Anwendung dieses Grundsatzes müssen aber ganz dieselben Gesichtspunkte eintreten, die wir oben unter 1 und 2. kennen gelernt haben. Es muß sonach der Erwerb ex substitutione ebenfalls den Erwerb ex institutione zur Folge haben. Ferner müssen alle, im Augenblicke des Erwerbes deferirten, Theile nothwendig durch die aditio erworben werden. Sodann wirkt der Erwerb ipso jure auch für die spätere Delation ex substitutione. Tritt dagegen der Fall der Substitution erst nach dem Tode des Substituten ein, so können seine Erben keine Ansprüche aus der Pupillar-Substitution bilden. Dieser letzte Grundsatz muß jedoch eine Ausnahme leiden, wenn weder dem Pupillen, noch dem Substitutus Substituirte vorhanden sind. Von diesem letzten Falle ist allein eine Stelle zu verstehen, welche man nicht

selten zum Beweise des Satzes gebraucht hat, daß der Erwerb ex institutione auch den Erben des Pupillar-Substituten die Pupillar-Erbschaft sichere, wenn auch diese erst nach dem Tode des Substituten eröffnet werden sollte:

Qui patri heres extitit, si idem filio impuberi substitutus est, non potest hereditatem ejus praetermittere. Quod sic recipiendum est, etiamsi vivo pupillo mortuus erit, deinde pupillus impubes decesserit: *nam is, qui heres extiterit, pupillo quoque heres necessario erit: nam si ipsum invitum obligat, conjungi eam paternae hereditati, et adcrescendi jure adquiri cuicunque patris heredi existimandum est* [62]).

Klar und deutlich ist in dieser Stelle von einem Falle die Rede, wo nur ein Pupillar-Substitut des ersten Grades vorhanden ist. Von diesem wird allerdings gesagt, er müsse ex substitutione Erbe werden, wenn er es als Institutus geworden ist, auch sollen seine Erben die Erbschaft des Pupillen erhalten, wenn dieser nach dem Substitutus gestorben ist. Allein dieses Letzte tritt, wie ausdrücklich gesagt wird, nicht ein als Folge der Substitution, sondern als Folge des Adcrescenz-Rechtes. Es beruht sonach ganz auf demselben Gesichtspunkte, welchen wir oben S. 318. 19. bei der Vulgar-Substitution kennen gelernt haben. — Daß dieser Grundsatz nur eintreten solle, wenn der Pupill zum Erben eingesetzt worden und sich nicht abstinirt hat, davon steht weder in dieser, noch in irgend einer andern Stelle Etwas. Dagegen wissen wir gewiß, daß der substituirte Bruder des Pupillen dennoch necessarius heres desselben ist, auch wenn sich der Pupille abstinirt hat [63]). Warum sollen hier nicht ganz ähnliche Gesichtspunkte eintreten?

---

62) Fr. 59. D. 29, 2.

63) Fr. 42. pr. D. 29, 2. S. o. S. 328. Note 53.

Warnkönig geht davon aus, daß die dem Institutus, der Erbe geworden ist, aufgelegte Nothwendigkeit des Erwerbes der Pupillar-Erbschaft ihren Grund darin habe, daß das väterliche Vermögen, welches der Pupill erworben hat, und das Vermögen des Pupillen Ein Vermögen geworden sey, quia juncta esse coepit hereditas. Der Erwerb der Pupillar-Erbschaft beruhe sonach auf dem jus adcrescendi. Hieraus, und aus der Fassung einer Verordnung Justinians [64]), folgert er nun, daß diese Nothwendigkeit in dem Falle der Exheredation des Pupillen gar nicht eintrete und in dem Falle des Abstinirens nur auf das väterliche Vermögen gehe, welches der Unmündige nicht behalte.

Hier ist nun freilich gewiß, daß, wenn der Pupill sich abstinirt, das dadurch eröffnete Vermögen an die Erben des Vaters fällt, nicht blos an den instituirten Substitutus, daß diese jetzt die Befugniß erhalten sich ebenfalls ganz von der Erbschaft loszusagen [65]) und daß wenn dies von dem Substituten geschieht, dieser nicht mehr genöthigt ist ex substitutione zu erwerben. Alles Uebrige scheint mir dagegen nicht gegründet.

Der von Warnkönig behauptete Grund unseres Grundsatzes kann nicht wohl richtig seyn, da ja durch den Erwerb des Pupillen das vom Vater Herkommende aufhört, Vermögen des Vaters zu seyn und anfängt, Vermögen des Pupillen zu werden, und da der Substitut nicht als Erbe des Vaters, sondern als Erbe des Kindes zur Succession gelangt. Der wahre Grund scheint zu seyn, daß das Testament des Vaters und das Testament des Pupillen nur Ein Testament sind. Gerade wie aus diesem Grunde der necessarius heres des Vaters auch necessarius heres des Kindes ist. Dieser Grund führt aber zu ganz entgegengesetzten Resultaten.

64) c. 20. C. 6, 30.

65) Fr. 55. 56. D. 29, 2. Dieß findet natürlich nicht Statt, wenn die Erwerbung erst nach der Abstention eingetreten ist. Fr. 38. D. 29, 2.

Auch die Fassung der Verordnung Justinians scheint die Ansicht Warnkönigs nicht zu unterstützen. Diese Constitution, eine der fünfzig Decisionen, ist bestimmt, Streitfragen zu entscheiden. Hier sagt nun der Kaiser, es sey streitig gewesen unter den Juristen, erstens, ob Jemand, der auf verschiedene Theile zum Erben eingesetzt worden, den einen dieser Theile ausschlagen, den andern annehmen könne, zweitens, si impuberem quis *filium suum heredem ex parte instituit*, et quendam extraneum in aliam partem, quem pupillariter substituit: et postquam testator decessit, *pupillus quidem patri ejus heres extitit*, extraneus autem hereditatem adiit: et postea adhuc in prima aetate pupillus constitutus ab hac luce subtractus est, et pupillaris substitutio locum sibi vindicavit: cumque substitutus eandem partem admittere noluit, quaesitum est, si potest, jam heres ex principali testamento factus pupillarem substitutionem repudiare?

Beide Fragen entscheidet nun Justinian in Einer Verfügung, wenn er fortfährt:

> *Utramque igitur dubitationem simul decidendam esse censemus.* Placuit enim nobis, sive in institutione, sive in pupillari substitutione, ut vel omnia admittantur, vel omnia repudientur, et necessitas imponatur heredi particulari facto, vel aliam aut alias partes hereditatis admittere, vel etiam substitutionem pupillarem.

Allerdings ist bei der Erzählung der Streitfrage nur des Falles gedacht, wo der Pupill instituirt worden, et patri heres extitit, d. i. den Vater überlebt hat, denn auch Derjenige, welcher sich nachher abstinirt, patri heres extitit. Daraus aber folgern zu wollen, daß im Falle, wo einem Exheredirten substituirt worden, andere Grundsätze Statt finden, dies scheint mir doch um so bedenklicher, da der übrige Inhalt der Stelle einer solchen Behauptung nicht günstig seyn dürfte.

Daß die Nothwendigkeit des juris adcrescendi jemals bestritten gewesen sey, dies läßt sich gewiß nicht annehmen. Es versteht sich sonach von selbst, daß die hier entschiedenen Streitfragen sich nur auf den Fall bezogen haben können, wo mehrere Miterben oder mehrere Substituten vorhanden waren. Die Existenz dieser Streitfragen widerlegt sonach den Grund der Ansicht Warnkönigs, die Zusammenstellung beider Streitfragen beweißt den Zusammenhang der verschiedenen Lehren, worauf meine Ansicht sich gründet, die allgemeinen Worte der Entscheidung endlich scheinen die gemachte Folgerung ganz auszuschließen.

Wenn Warnkönig weiter behauptet, es finde hier nur das Statt, „daß ein vom Vater sich selbst ernannter „Testamentserbe dem Pupillen Statt des Intestaterbens suc„cedire, der Substitut als Erbe des Vaters könne daher nicht „weniger Rechte haben, als sein Intestaterbe gehabt haben „würde; folglich müsse er das Recht haben, eine von der „väterlichen ganz getrennte Erbschaft nach Belieben anzuneh„men oder auszuschlagen," da der Bruder des Pupillen, der Intestaterbe des gemeinsamen Vaters geworden, auch befugt wäre, die Intestat-Erbfolge seines unmündigen Bruders auszuschlagen: so scheint diese Behauptung auf selbstgeschaffenen Voraussetzungen zu beruhen und mit den bestehenden Rechtssätzen nicht wohl vereinbarlich. Jeder Pupillar-Substitut succedirt als Testamentserbe des Kindes in Gefolg einer Verfügung des Vaters, die als ein Theil des väterlichen Testamentes betrachtet wird. Daher gelten auch die dem Institutus als Substitut eines exheredirten Pupillen aufgelegten Legate [66]. Auch ist der substituirte Bruder necessarius heres seines unmündigen Bruders, was er als Intestat-Erbe nicht seyn würde [67]. Wie sehr der Pupillar-Substitut sich

66) Fr. 11. §. 8. D. 35, 2. — Fr. 27. §. 4. 5. D. 36, 1.

67) Fr. 2. §. 4. Fr. 10. §. 1. D. 28, 6. — Fr. 42 pr. in fin. D. 29, 2. S. o. S. 323. Note 27.

von den Intestat-Erben des Vaters und des Kindes unterscheide, dies hier näher zu entwickeln, würde viel zu weit führen, und selbst Das würde unpassend seyn, wenn ich die, aus diesem Aufsatze sich ergebenden, Verschiedenheiten hier zusammenstellen wollte. Eine allgemeine Zurückweisung auf das unter No. 3. Gesagte und auf zwei, gegen Ende dieser Nummer in das Auge gefaßten Stellen [68]), wird mehr als hinreichen, um die Unmöglichkeit dieses Gesichtspunktes zu beweisen.

Nachtrag. Mit den, unter dieser Nummer vorgetragenen, Grundsätzen scheint Mühlenbruch *) im Wesentlichen überein zu stimmen: unrichtig scheint es mir jedoch, erstens, daß er das Fr. 59. D. 29, 2. nur allein in dem Falle beschränkt, wo mehrere Miterben dem Pupillen substituirt sind. Warum sollen die Erben des Substitutus nicht auch von andern Pupillar-Substituten ausgeschlossen werden, welche nicht Miterben ihres Erblassers sind und warum nicht von den Substituten ihres Erblassers? **) In allen Fällen, wo die Erben nicht jure adcrescendi auf die Pupillar-Erbschaft Ansprüche machen können, kann die nach dem Tode des Substituten eröffnete Erbschaft des Pupillen von ihnen nicht angesprochen werden (S. o. S. 317. 319. 338, 39.).

Unrichtig scheint es zweitens, daß der zum Theile bedingt, zum Theile unbedingt Instituirte durch die Antretung aus der unbedingten Einsetzung immer auch das bedingt Hinterlassene für seine Erben erwerbe ***). Das für diesen Grundsatz angeführte Fr. 53. pr. D. 29, 2. beweiet diesen Satz nicht, auch wenn man Anstand nimmt statt „posteaque“ „posteaquam“ zu lesen, da diese Stelle sehr wohl von dem Falle verstanden werden kann, wo keine Miterben und keine

---

68) Fr. 42. pr. D. 29, 2. — Fr. 28. D. 42, 5. S. o. S. 328 — 333.

*) Glück Pand. Commentar B. 40. S. 432 — 443.

**) Glück a. a. O. S. 437.

***) Glück a. a. O. S. 328. 437.

Substituten vorhanden sind. Daß man eine noch nicht deferirte Erbschaft seinen Erben nicht durch Antretung zuwenden könne, dies ist Folge allgemeiner Grundsätze und wird für den Fragefall nicht allein durch die bei den Substitutionen geltenden Grundsätze (S. o. S. 318. 319.), sondern auch durch ausdrückliche Stellen bestätigt †). Daß dies letzte der Fall sey, erkennt Mühlenbruch S. 438. Note 54. sogar selbst an.

Unrichtig scheint es ferner drittens, daß der pro parte pure pro parte sub conditione institutus aus der zweiten Institution ausschlagen könne, obschon er aus der ersten erworben habe, wenn ihm in Beziehung auf diese zweite Institution ein Anderer substituirt worden. Das für diese Behauptung angeführte Fr. 52. §. 1. D. 29, 2. redet von einem durchaus verschiedenen Falle. Der pro parte pure, pro parte sub conditione institutus erwirbt durch seine aditio die ganze Erbschaft sogleich, wenn er weder Miterben noch in Beziehung auf die bedingte Einsetzung einen Substitutus hat: im entgegengesetzten Falle erwirbt er ex conditionali institutione mit der Delation und wenn er vor dieser Delation hinwegfallen sollte, so wird die hierdurch eröffnete Portion dem Substitutus oder den Miterben angeboten (S. o. S. 317 — 19.).

Unrichtig scheint es endlich viertens, daß der Pupillar-Substitut die Befugniß habe, die väterliche Erbschaft anzunehmen und die des Pupillen auszuschlagen, wenn ihm hier ein Anderer substituirt sey ††). Diese Behauptung ist nur eine Folgerung aus der so eben gewürdigten und fällt mit dieser.

---

†) Fr. 52. §. 1. D. 29, 2. — Fr. 59. §. 5. 6. 7. D. 28, 5.

††) Glück a. a. O. S. 438. 39.

6.

Eine Folge der, im Anfange von No. 4 angegebenen, Gesichtspunkte ist es drittens, daß Derjenige, welcher unter einer Bedingung substituirt ist, erst nach Eintritt der Bedingung ex substitutione gerufen wird. War die Bedingung: si mihi heres erit, so kann er nur alsdann zur Pupillar-Erbschaft gerufen werden, wenn er als Institutus Erbe geworden ist. Die zuletzt genannte Bedingung ist auch alsdann anzunehmen, wenn gesagt wurde, quisquis mihi heres erit, impuberi heres esto. In diesem Falle sind übrigens gerade wie bei der Vulgar-Substitution, die mehreren Instituirten pro rata hereditaria zur Pupillar-Substitution gerufen:

— — sub conditione autem institutum si substituat, id est, *si mihi heres erit*, non alias existet heres ex substitutione, nisi et ex institutione heres fuerit. Cui similis est et haec substitutio, *quisquis mihi ex suprascriptis heres erit:* habet enim in se eandem conditionem, similem superiori. — Haec verba, *quisquis mihi heres erit, idem impuberi filio heres esto*, hunc habent sensum, ut non omnis qui patri heres extitit, sed is qui ex testamento heres extitit, substitutus videatur: *et ideo neque pater, qui per filium*, neque *dominus qui per servum heres extitit, ad substitutionem admittetur, neque heredis heres*, quia non ex judicio veniunt [69]: partes quoque eaedem ad substitutos pertinent, quas in ipsius patris familias habuerunt hereditate [70].

Sed si plures sint ita substituti, *quisquis mihi ex suprascriptis heres erit*, deinde quidam ex illis, posteaquam heredes extiterint patri, obierunt: *soli superstites ex sub-*

---

69) Fr. 8. D. 28, 6. — Diese Stellen erläutern sich aus Fr. 35. pr. Fr. 80. §. 2. 3. D. 29, 2.

70) Fr. 8. pr. §. 1. D. 28, 6. — §. 7. J. 2, 16. — *quisquis mihi heres erit. Quibus verbis* vocantur ex substitutione, impubere mortuo filio, illi, qui et scripti sunt heredes, *et extiterunt*, et pro qua parte heredes facti sunt.

stitutione heredes existent pro rata partium ex quibus instituti sunt: nec quidquam valebit ex persona defunctorum [71]).

Auch wer ex institutione repudiirt hat, hat in diesem Falle keine Ansprüche [72]), wohl aber Derjenige, welcher das ex institutione Erworbene durch theilweise Rescission des Testamentes [73]), oder weil er ein fideicommissum tacitum übernommen [74]), wieder verloren hat.

7.

Eine Folge unseres Gesichtspunktes ist es viertens, daß Derjenige, welcher in Beziehung auf den Vater incapax ist, dennoch die Erbschaft des Pupillen erhalten kann, wenigstens so weit sie nicht vom Vater herrührt, wenn und insofern im Augenblicke des Todes des Kindes die Gründe der Incapacität nicht Statt finden [75]). Ferner fünftens, daß das bloße omittere ex institutione in der Regel der Pupillar-Substitution keine Nachtheile bringt:

Qui suspectam sibi hereditatem dicit, nullum commodum ex testamento consequetur, quod habiturus non esset, si heres institutus non fuisset, aut non adiisset: et ideo, si pupillo substitutus fuerit ita, *quisquis mihi heres erit, idem filio meo heres esto:* hereditatem, quae ex substitutione ad eum pervenerit, restituere cogendus erit, si vero detracto hoc articulo, *quisquis mihi heres erit*, substitutus ita fuerit, *Titius filio meo heres esto*: tum si solus patri heres extiterit, nihilominus cogendus erit hereditatem pupilli restituere: si vero coheredem habuerit, retinebit pupilli hereditatem: *quia potuit coherede adeunte, quamvis ipse patris omisisset hereditatem, ex substitutione adire* [76]).

---

71) Fr. 10. pr. D. 28, 6.
72) Fr. 34. §. 1. D. 28, 6.
73) Fr. 31. pr. D. 28, 6.
74) Fr. 41. §. 3. D. 28, 6.
75) Fr. 6. 11. D. 28, 6.
76) Fr. 27. §. 2. D. 36, 1. (Julianus lib. 40. Digestorum.) Es ist nicht ungewöhnlich zu behaupten, daß Julian in dieser Stelle mit den von ihm sonst aufgestellten, in Fr. 40. 42. D. 29, 2.

In dieser Stelle wird deutlich ausgesprochen, daß der instituirte Pupillar-Substitut ex substitutione erwerben könne, wenn er nicht ex institutione Erbe geworden ist. Nur wenn er unter der Formel, quisquis mihi heres erit, idem filio meo heres esto, substituirt worden ist, kann er nicht ex substitutione zur Erbschaft gelangen, wenn er nicht als Institutus erworben hat. Begreiflich, da er nach dem so eben Ausgeführten, hier unter der Bedingung substituirt worden, daß er Erbe werde. Außerdem soll er nicht ex substitutione zur Erbschaft gelangen, wenn er der einzige Institutus ist und durch seine omissio hereditatis das Testament destituirt wird. Auch diese zweite Ausnahme versteht sich von selbst, da mit dem Testamente des Vaters auch die Pupillar-Substitution zusammenfällt. Einen ganz gleichen Gesichtspunkt setzen voraus Fr. 11. §. 1. Fr. 27. §. 5. D. 36, 1., nach welchen Stellen der Zwang gegen Einen der eingesetzten Erben hinreicht, um Allen die Erbschaft des Pupillen, dem Fideicommiß-Erben aber das Allen aufgelegte Fideicommiß zusichern.

erwähnten, Grundsätzen in Widerspruch sich befinde. Meiner Ansicht nach ist dies nicht der Fall. In Fr. 42. wird nur gesagt, Julian habe behauptet, daß der Pupillar-Substitut den väterlichen Creditoren gerecht werden müsse, wenn er auch Nichts aus dem Vermögen des Vaters erhalte. Daß dieser Grundsatz die hier behandelte Frage gar nicht berühre, dies bedarf wohl keiner Bemerkung. Was dagegen das Fr. 40. (s. u. S. 348) betrifft, so sagt dieses, nach Julians Ansicht werde der instituirte Pupillar-Substitut nach dem Edicte, si quis omissa causa testamenti ab intestato *vel alio modo* possideat hereditatem, behandelt, wenn er ex institutione repudire und ex substitutione antrete. Es enthält sonach ebenfalls einen, den Erörterungen unserer Stelle ganz fremden Grundsatz. Müßte man übrigens jene Stelle auch so verstehen, als habe Julian gesagt, der institutus et pupillariter substitutus werde von der Pupillar-Substitution ausgeschlossen, wenn er die väterliche Erbschaft ausgeschlagen habe; so würde dennoch kein Widerspruch vorhanden seyn, da hier nur allein von einem Falle des *omittere* die Rede ist, das denn doch nicht als ein oppugnare des judicium des testirenden Parens des Pupillen betrachtet werden kann.

Im Allgemeinen können sich die Wirkungen der Ausschlagung von denen der Versäumniß nicht wesentlich unterscheiden, wenn man von dem Falle absieht, wo schon beide Erbschaften im Augenblicke der Entsagung wirklich deferirt waren. Daher wird der Substitutus, welcher die väterliche Erbschaft ausgeschlagen hat, im Allgemeinen nur in den beiden so eben ausgenommenen Fällen durch die Repudiation von der Erbschaft des Pupillen ausgeschlossen seyn. Daß diese Folgerung gegründet sey, dies sagen zwei Fragmente, welche sich wechselseitig ergänzen, vollkommen deutlich:

Si ex *asse heres* institutus, filio *exheredato* substitutus *repudiaverit* patris hereditatem, *cum non haberet substitutum*: non poterit filii adire: *nec enim valet filii testamentum*, nisi patris fuerit adita hereditas ... [77]).

Quaesitum est, an licet quis paternae hereditatis nihil attingat, aliquid tamen propter patris voluntatem habeat, vel faciat, an creditoribus paternis cogatur respondere? Utputa, si impuberi fuerit substitutus: in qua specie Julianus libro 26. Digestorum scripsit, incidere eum in edictum, se se immiscuerit impuberis hereditati: *nam qui judicium parentis oppugnaverit*, non debet ex eadem hereditate quidqnam consequi. *Sed Marcellus eleganter distinguit, multum interesse, utrum ex asse fuerit institutus in patris testamento, an ex parte: ut si ex parte, potuerit sine metu, remota patris successione, impuberis hereditatem amplecti* [78]).

Die zweite dieser Stellen kann, wie Cujacius richtig bemerkt, nur von dem Falle verstanden werden, wo ein *extraneus* vom Vater zum Erben eingesetzt und dem exheredirten Pupillen substituirt worden ist. Wäre der instituirte Substitutus ein suus heres des Testators, so würde der Gebrauch des jus abstinendi keinem Anstande unterliegen [79]).

77) Fr. 10. §. 4. D. 28, 6.
78) Fr. 40. D. 29, 2.
79) Fr. 12. D. 28, 6. S. o. S. 334.

Ferner würde sowohl in diesem Falle, wie wenn der Pupill instituirt wäre, die Substitution immer Wirksamkeit äußern, wenn auch Beide sich abstinirt hätten (S. o. No. 3. a. E.). Das oppugnare judicium parentis kann sonach nur ein Ausschlagen der Erbschaft bezeichnen. Ohnehin würde der Gebrauch der contra tabulas B. P. oder der querela inofficiosi testamenti selbst den suus von der Erbschaft des Pupillen ausschließen, selbst wenn er den Proceß gewonnen haben sollte. Die strenge Ansicht Julians geht ganz aus seinem oben (No. 3.) angeführten Gesichtspunkte hervor und wird auch hier von Marcellus gemildert. Hiernach sagen beide Stellen, daß wenn das Testament des Vaters durch Repudiation destituirt werde, so falle die Pupillar-Substitution zusammen: bleibe es dagegen bestehen, weil der Instituirte Miterben oder Vulgar-Substituten habe, welche die Erbschaft des Vaters erwerben: so könne der instituirte Substitut zur Erbschaft des exheredirten Pupillen, seiner Repudiation ungeachtet, gelangen.

Ganz anders würde sich freilich die Sache gestalten, wenn ein extraneus und der Pupill zu Erben eingesetzt worden wäre und dieser sich nicht von der väterlichen Erbschaft abstinirt hätte. In diesem Falle würde der Pupill einzig Erbe seines Vaters geworden seyn und der Substitut, da er die väterliche Erbschaft nicht erhalten kann, auch von der des Pupillen ausgeschlossen seyn [80]). Im Falle, wo die Erwerbung der Erbschaft des Vaters nur versäumt worden wäre, dürfte diese Folge wohl nicht eintreten.

80) Filio impuberi heredi ex asse instituto substitutus quis est: extitit patri filius heres: an possit substitutus separare hereditates, ut filii habeat, patris non habeat? Non potest: sed aut utriusque debet hereditatem habere, aut neutrius: juncta enim hereditas coepit esse. *Idemque est, si pater me heredem scripserit ex parte et filium ex parte, et ego patris hereditatem repudiavero: nam neque filii hereditatem habere possum.* Fr. 10. §. 2. 3. D. 28, 6.